

### 3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1 INVIOLABILIDADE NOTURNA DE DOMICÍLIO E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

KARINA SILVA DE ARAÚJO

Advogada – Pós-graduada em Direito Constitucional

##### 1. Acórdão

Por entender caracterizada a ofensa ao art. 5º, XI, da CF (“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”), a Turma deu provimento a recurso extraordinário para, reformando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, restabelecer a sentença que absolvera o recorrente por inexigibilidade de conduta diversa. No caso, a Corte a quo reputara configurado o crime de resistência, uma vez que o recorrente, desprezando a existência de mandado judicial expedido nos moldes do § 2º do art. 172 do CPC — que permite, em situações excepcionais e mediante autorização expressa do juiz, a citação, em domingos e feriados, ou nos dias úteis, em horário diverso daquele estabelecido no caput —, desacatará, mediante violência, oficial de justiça que pretendia, num sábado à noite, ingressar no domicílio daquele para intimar o seu cônjuge. Aduziu-se que o acórdão impugnado colocara em plano secundário a defesa do próprio domicílio e, portanto, o esforço a evidenciar, conforme registrado na sentença, a inexigibilidade de conduta diversa. Ademais, asseverou-se que a Constituição preconiza a inviolabilidade noturna do domicílio, pouco importando a existência de ordem judicial, pois em relação a esta última mesmo que ocorre a limitação constitucional. (RESP 460880/RS, Relator Ministro. Marco Aurélio, Data do Julgamento 25.9.2007. (RE-460880)

##### 2. Razões

Os presentes comentários visam analisar a interpretação e aplicação dos elementos do delito, examinados no caso concreto, em julgado do STF, em que se investiga a suposta configuração do crime de resistência, pelo fato do Acusado não permitir a entrada do oficial de justiça em seu domicílio, na noite de sábado, para intimar seu cônjuge. Na hipótese, a turma absolveu o Acusado por exclusão da culpabilidade, ante a inexigibilidade de conduta diversa. Todavia, o caso era de absolvição pela não configuração do próprio tipo penal, conforme abordaremos a seguir.

### 3. Inviolabilidade noturna do domicílio e o cumprimento de ordens judiciais

A Constituição da República declara a inviolabilidade de domicílio em seu art. 5º, inciso XI, no Título dos direitos e garantias fundamentais<sup>1</sup>. Nos termos do dispositivo constitucional retro, resta claro que, para cumprimento de ordem judicial, o oficial de justiça somente poderia adentrar domicílio alheio, durante o dia, ou com o consentimento do morador. O que não ocorreu no caso em tela, já que o próprio morador foi até mesmo denunciado pelo delito de resistência, quando se opôs ao cumprimento da diligência judicial, no sábado à noite<sup>2</sup>.

Cumprir destacar que, o Código de Processo Civil, quando dispõe sobre o tempo e lugar para a prática dos atos processuais, art. 172, prevê uma exceção no §2º, para situações excepcionais, desde que sejam observados os requisitos constitucionais do art. 5º, inciso XI<sup>3</sup>. Tal dispositivo foi desprezado pela Corte recorrida e considerado, sabiamente, pela Corte Suprema, tendo em vista o necessário cotejo da lei infraconstitucional com a Constituição da República. Interpretação essencial na análise do caso concreto, para garantia da inviolabilidade de domicílio ao Acusado.

### 4. Da atipicidade do delito de resistência (art. 329 do Código Penal)

O crime de resistência<sup>4</sup> está inserido no título dos crimes contra a administração pública, no capítulo dos crimes praticados por particular contra a administração em geral. O bem jurídico tutelado por esse tipo penal é o regular andamento da

<sup>1</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo, em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial;

<sup>2</sup> Em que pese não restar dúvidas no caso em tela sobre o cumprimento da ordem em horário noturno, cabe destacar que a doutrina tem entendido que o melhor critério seria considerar horário noturno de 6 às 18 horas (Alexandre de Moraes), nesse diapasão, também é a posição Celso Mello, que trabalha com critério físico-astronômico, dividido entre a aurora e o crepúsculo. (Lenza. 11ª ed. p. 709)

<sup>3</sup> Art. 172 – Os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas.

§ 2º A citação e a penhora poderão, em casos excepcionais, e mediante autorização expressa do juiz, realizar-se em domingos e feriados, ou nos dias úteis, fora do horário estabelecido neste artigo, observado o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

<sup>4</sup> Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos.

§ 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

administração pública e a autoridade de seus atos. Ocorre que, o tipo legal do delito de resistência configura-se quando o agente se opõe a execução de ato legal, e, no caso em epígrafe, o ato resistido era ilegal, contrário aos ditames constitucionais, conforme demonstrado no tópico acima. É o que esclarece Luiz Regis Prado:

Importa assinalar que a ilegalidade pode ser substancial ou formal. A primeira sedimenta-se na ausência de fundamento ou razão de ser para a concretização do ato, enquanto a segunda está relacionada à forma ou à execução do ato. Assim, v.g., não basta que a autoridade seja competente para a realização do ato e que este encontre fundamento no ordenamento que circunda a Administração pública, sendo imprescindível que se utilize dos meios legais para a sua execução. *Frise-se, ainda, que, mesmo diante de um ato injusto, mas desde que esteja autorizado por lei, não manifestamente inconstitucional, a resistência não é admitida.* (g.n) (Prado. 2ª ed. p. 493).

Assim, a absolvição do Acusado por exclusão da culpabilidade ante a inexigibilidade de conduta diversa poderia ter sido configurada, se o caso não fosse hipótese de exclusão do próprio tipo penal<sup>5</sup>.

Ora, sendo o ato ilegal, ocorre a atipicidade da conduta, obstando até mesmo a análise dos demais elementos do delito, quais sejam: ilicitude ou antijuridicidade e culpabilidade. Desse modo, a controvérsia deveria ter sido exaurida no âmbito estrutural do próprio tipo e não da culpabilidade, afastando a inexigibilidade de conduta diversa.

## 5. Conclusão

A Constituição da República declara a inviolabilidade noturna do domicílio como garantia fundamental, portanto, a oposição do Acusado ao cumprimento da ordem é legítima, pois se trata de ordem manifestamente ilegal.

Ante o exposto, em que pese louvável a decisão da Suprema Corte absolvendo o Acusado pelo delito de resistência, tal provimento deveria ter sido prolatado com fundamento na atipicidade do fato e não na exclusão da culpabilidade ante a inexigibilidade de conduta diversa, já que a caracterização do fato atípico inviabiliza a própria análise e configuração dos demais elementos do crime.

---

<sup>5</sup> Em sentido diverso, Guilherme de Souza Nucci enquadra tal situação em uma causa de exclusão da ilicitude, veja-se seu comentário sobre a configuração do delito de resistência: “é preciso que o funcionário esteja fazendo cumprir um ato lícito. Caso pretenda concretizar algo ilegítimo, é natural que o particular possa resistir, pois está no exercício regular de direito (ou em legítima defesa, se houver agressão), já que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (Nucci. 5º ed. p. 1011)

## **6. Referências Bibliográficas**

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 11. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, mar./2007.

NUCCI, Guilherme de Souza, Código penal comentado. 5 ed. ver., atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Regis Luiz. Curso de direito penal brasileiro, volume 4: parte especial : arts. 289 a 359-H. 2. ed. ver., atual. e ampl. 2002.